
Over dit document:

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TAP

Titel: TAP 2016/172 Art. - De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief

Auteur: Bouwens, prof. dr. mr. W.H.A.C.M., Roozendaal, prof. dr. mr. W.L., Bij de Vaate, dr. mr. D.M.A.

Documentnummer: TAP 2016/172

TAP 2016/172 Art. - De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief



Publicatie TAP: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk

Jaargang 9

Publicatiedatum 23-05-2016

Afleveringnummer 4

Artikelnummer 172

Titel Art. - De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief

Auteurs Bouwens, prof. dr. mr. W.H.A.C.M.

Roozendaal, prof. dr. mr. W.L.

Bij de Vaate, dr. mr. D.M.A.

In opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verrichtten de auteurs een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van werknemers bij insolventie van hun werkgever. In dit artikel doen zij verslag van de belangrijkste bevindingen en formuleren zij een aantal concrete voorstellen om te komen tot een nieuw evenwicht tussen de belangen van de bij de insolvente onderneming betrokken partijen, geïnspireerd op de wijze waarop de rechtsbescherming van werknemers in de ons omr

doorstart

Trefwoorden faillissement

insolventie

oOvergang van onderneming

Rubriek Overig

TAP 2016(4) 172 Art. - De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief
De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief

In opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verrichtten de auteurs een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van werknemers bij insolventie van hun werkgever.¹ In dit artikel doen zij verslag van de belangrijkste bevindingen en formuleren zij een aantal concrete voorstellen om te komen tot een nieuw evenwicht tussen de belangen van de bij de insolvente onderneming betrokken partijen, geïnspireerd op de wijze waarop de rechtsbescherming van werknemers in de ons omringende landen is vormgegeven.

Inleiding en vraagstelling

In 2012 heeft de minister van Veiligheid en Justitie het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd.² Dit programma rust op drie pijlers, te weten:

- fraudebestrijding;
- versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven;
- modernisering.

In het kader van de tweede pijler wordt gezien hoe faillissementen zo veel mogelijk kunnen worden voorkomen en, als dat niet mogelijk blijkt, welke maatregelen kunnen worden getroffen om een doorstart te vergemakkelijken. Het eerste wetsvoorstel binnen deze ‘reorganisatiepijler’ moet leiden tot de Wet continuïteit ondernemingen I (wetsvoorstel 34218). Het voorziet in een uitdrukkelijke wettelijke regeling voor de pre-pack, een uit het Engelse recht bekende rechtsfiguur die in de praktijk in Nederland ook door het merendeel van de rechtbanken wordt gefaciliteerd door reeds vóór een aanstaand faillissement aan te geven wie in dat faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. De onderneming wordt aldus de gelegenheid gegeven het faillissement en, indien aan de orde, een mogelijke verkoop en doorstart van bedrijfsonderdelen in relatieve rust voor te bereiden onder het toezicht van de beoogd curator. Om voor de pre-pack in aanmerking te komen dient voldoende aannemelijk te zijn dat deze methode meerwaarde heeft. Meerwaarde wordt aanwezig geacht indien de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate wordt beperkt of de kans op verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming in zodanige mate wordt vergroot, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt.³

Nadat het wetsvoorstel ter advisering was voorgelegd aan de Raad van State, kregen de doorstarts van postorderbedrijf Neckermann en kinderopvangorganisatie Estro de nodige aandacht in de landelijke media. Beide kwamen tot stand met gebruikmaking van de pre-packmethode. Vanuit de Tweede Kamer werd aandacht gevraagd voor de positie van werknemers in faillissement, mede naar aanleiding van een brief van de FNV. Daarin werd erop gewezen dat de “in vergelijking tot onze buurlanden extreem grote bevrijding van personeelslasten” het aanvragen van een faillissement met het oog op een goedkope, bevrijdende doorstart aantrekkelijk maakt.⁴ Volgens de FNV is Nederland het enige land waar de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming in een insolventieprocedure helemaal zijn uitgeschakeld. Volgens de brief zou het “schijnfaillissement” daarom een typisch Nederlands verschijnsel zijn.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft vervolgens de Kamer een onderzoek toegezegd naar de positie van werknemers in faillissement, waarbij tevens de vraag diende te worden betrokken hoe een en ander is geregeld in de ons omringende landen. Dit onderzoek is uitgevoerd door de auteurs van dit artikel, allen verbonden aan de sectie sociaal recht van de Vrije Universiteit. Het rapport werd eind maart 2015 opgeleverd en is op 26 augustus 2015 aangeboden aan de Tweede Kamer.⁵

Centrale vraag van het onderzoek was in hoeverre de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer wiens werkgever in een insolventieprocedure verzeild raakt, verschilt van die buiten insolventie. Voorts werd onderzocht hoe een en ander is geregeld in België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Ten slotte vond een inventarisatie plaats van de ideeën die in de literatuur zijn opgeworpen voor aanpassing van de rechtspositie van werknemers bij insolventie van hun werkgever.

Hierna zijn de belangrijkste bevindingen van het rapport samengebracht, een enkele keer aangevuld met een behandeling van ontwikkelingen die na het uitbrengen daarvan hebben plaatsgevonden.⁶ Wij beperken ons tot een bespreking van de (al dan niet met behulp van de pre-packmethode) voorbereide doorstart van die onderneming.

Omdat een aantal richtlijnen van de Europese Unie van grote betekenis is voor de wijze waarop de lidstaten de bescherming van werknemers bij faillissement vorm hebben gegeven, wordt hierna eerst ingegaan op het relevante Europese recht. Daarna staan wij stil bij de hoofdlijnen van het Nederlandse recht en wordt ingegaan op het recht in de ons omringende landen.⁷ Wij sluiten af met een aantal suggesties voor aanpassing van het Nederlandse recht.

Het Europeesrechtelijk kader

Voor ons onderzoek is in het bijzonder Richtlijn 2001/23/EG van belang.⁸ Deze richtlijn bepaalt in art. 3

dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst, door de overgang van een (onderdeel van een) onderneming overgaan op de verkrijger. Die overgang mag ingevolge art. 4 van de Richtlijn op zichzelf geen reden vormen voor ontslag. Dit laatste voorschrift vormt echter geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen (ETO-redenen). Van belang is voorts dat het Hof van Justitie van de EU aanneemt dat de door de richtlijn geboden bescherming van openbare orde is. De overgang van onderneming kan op zichzelf geen grond voor een wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer opleveren, ook niet als de vakorganisaties daarmee instemmen.⁹

Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn bovengenoemde voorschriften op grond van art. 5 lid 1 van de Richtlijn niet van toepassing wanneer de werkgever verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (een curator daaronder begrepen).¹⁰ Zij gelden wel voor procedures die primair gericht zijn op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming.

Zijn genoemde voorschriften van toepassing of van toepassing verklaard op een overgang die plaatsvindt na opening van een insolventieprocedure, dan kunnen lidstaten de gevolgen van die toepasselijkheid beperken. Deze mogelijkheid bestaat sinds 1998 ook ten aanzien van insolventieprocedures die niet op liquidatie van het vermogen van de ondernemer zijn gericht.¹¹ De lidstaten kunnen op grond van (thans) art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG in de eerste plaats bepalen dat de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger. Daarvoor is wel vereist dat de betrokken werknemers een bescherming toekomt die ten minste gelijkwaardig is aan die van Richtlijn 80/987/EEG. Deze laatste richtlijn verplicht de lidstaten tot instelling van een waarborgfonds dat (tot op zekere hoogte) de aanspraken van werknemers honoreert die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met een insolvente werkgever.¹² Zij is inmiddels vervangen door Richtlijn 2008/94/EG.¹³

Voorts kan een lidstaat op grond van art. 5 lid 2 van de Richtlijn 2001/23/EG regelen dat de verkrijger en de vervreemder of curator enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of onderdelen daarvan te verzekeren.¹⁴ Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden die art. 5 lid 2 Richtlijn biedt; de ons omringende landen, zo zal hierna blijken, wel.

Het niet toepassen van de regels inzake overgang van ondernemingen, brengt mee dat misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, op de loer ligt. Art. 5 lid 4 van Richtlijn 2001/23/EG eist daarom dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om dergelijk misbruik te voorkomen.

Ten slotte bevat art. 7 van de Richtlijn voorschriften over het verschaffen van informatie aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers voorafgaand aan een overgang van een (onderdeel van de) onderneming. De in art. 5 lid 1 van de Richtlijn opgenomen uitzondering voor faillissements- en vergelijkbare procedures ziet uitsluitend op art. 3 en 4 van de Richtlijn. Art. 7 is derhalve onverkort van toepassing indien de werkgever verwickeld is in een insolventieprocedure, ook wanneer die gericht is op liquidatie. Volgens de Europese Commissie kan medezeggenschap in deze situatie bijzonder nuttig zijn, omdat zij de werknemersvertegenwoordigers de gelegenheid geeft om de vervreemder voorstellen te doen ter voorkoming van insolventie en de verkrijger voorstellen inzake herallocatie.¹⁵

Verplichtingen betreffende informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers vinden we ook in Richtlijn 98/59/EG¹⁶ en Richtlijn 2002/14/EG.¹⁷ Eerstgenoemde richtlijn betreft een door de werkgever voorgenomen collectief ontslag; laatstgenoemde bevat algemene informatie- en raadplegingsverplichtingen voor de werkgever, onder meer voor beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen. Deze verplichtingen zijn eveneens van toepassing wanneer de werkgever

verwikkeld is in een gerechtelijke insolventieprocedure, ook hier ongeacht of deze gericht is op liquidatie van de rechtspersoon.¹⁸ Richtlijn 98/59/EG kent wel bepaalde uitzonderingen voor een collectief ontslag dat verband houdt met de beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, maar deze uitzonderingen zien slechts op de verplichting het voornemen tot collectief ontslag te melden aan de bevoegde overheidsinstantie en de na die melding door de opzeggende partij in acht te nemen termijn alvorens het ontslag kan worden geëffectueerd.

Het Nederlandse recht

Ontslag

Na faillietverklaring kunnen werknemers en de curator de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat de arbeidsovereenkomst “in elk geval” kan worden opgezegd met een termijn van zes weken (art. 40 Fw). De curator heeft geen toestemming nodig van het UWV.¹⁹ Wel moet hij een machtiging verkrijgen van de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw). Voorts wordt veelal aangenomen dat de bijzondere opzegverboden, althans de zogenoemde ‘tijdens-verboden’ (art. 7:670 lid 1 t/m 4 en lid 10 BW), niet van toepassing zijn.²⁰ Dit standpunt is overigens niet onomstreden.²¹ Ten slotte geldt dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard of aan hem surseance is verleend (art. 7:673c lid 1 BW).²²

Doorstart

Art. 7:666 BW bepaalt dat art. 7:662 tot en met 7:665 BW en art. 7:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de vervreemdende werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Degene die een onderneming uit een failliete boedel overneemt, is derhalve vrij de daar werkzame werknemers al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Treden werknemers in dienst bij de verkrijger, dan zijn de arbeidsvoorwaarden waaronder zij gaan werken vrij onderhandelbaar (zolang die passen binnen de wettelijke eisen en een eventueel toepasselijke cao). De verkrijger wordt bovendien niet opgezeald met de schulden van de vervreemder jegens zijn personeel. Is de vervreemder ten tijde van de overdracht surseance van betaling verleend, dan komt het personeel wel van rechtswege in dienst van de verkrijger, gaan de rechten en verplichtingen automatisch over en is een opzegging wegens de overgang vernietigbaar. Dit verschil is – samen met het feit dat voor opzegging van arbeidsovereenkomsten tijdens surseance toestemming van het UWV nodig blijft – de belangrijkste reden waarom een doorstart zelden vanuit surseance plaatsvindt en veelal wordt gekozen voor een overdracht van (een deel van) de onderneming vanuit faillissement.²³

In de Nederlandse literatuur woedt een discussie over de vraag of een voorbereide doorstart onder de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG opgenomen uitzondering voor de overgang na faillissement valt. Deze discussie heeft een nieuwe impuls gekregen met de introductie van de pre-pack in de Nederlandse rechtspraktijk. Critici wijzen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie onder de oorspronkelijke Richtlijn inzake overgang van ondernemingen, waarin voor de uitzondering van insolventieprocedures niet uitsluitend naar het formele doel van de procedure werd gekeken, maar ook de modaliteiten daarvan in de afweging werden betrokken.²⁴ Omdat de pre-packmethode gericht is op continuïteit en reorganisatie van de onderneming, zou genoemde uitzondering niet van toepassing zijn. Bovendien zou het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie bij de pre-pack zozeer vóór het faillissement zijn gelegen, dat de overeenkomst waarbij de onderneming wordt overgedragen materieel reeds op dat moment tot stand is gekomen.²⁵

Anderen wijzen erop dat ook een pre-packprocedure primair gericht is op liquidatie van de vennootschap die de onderneming drijft en verdeling van de opbrengst van de boedel onder de schuldeisers.²⁶ Dat in geval van een pre-pack de overname reeds vóór de faillietverklaring gestalte krijgt, is volgens deze schrijvers van ondergeschikt belang. Gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is voor de vaststelling van het tijdstip van de overgang beslissend wanneer de hoedanigheid van ondernemer die

de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder overgaat op de verkrijger.²⁷ Deze change of control vindt bij een pre-pack pas plaats na het faillissement. De beoogd curator kan vóór dat moment geen definitieve en bindende overeenkomsten sluiten over de verkoop van de rendabele onderdelen van de onderneming.²⁸

Inmiddels heeft de Kantonrechter Utrecht in de Estro-zaak over deze kwestie prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.²⁹

Misbruik

Art. 5 lid 4 van Richtlijn 2001/23/EG, dat de lidstaten verplicht de nodige maatregelen te treffen om misbruik te voorkomen, heeft in Nederland geleid tot de introductie van art. 13a Fw.³⁰ Indien het faillissement wordt vernietigd (bijvoorbeeld) op grond van misbruik van bevoegdheid, wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator ingevolge dat artikel met terugwerkende kracht beheerst door de regels die van toepassing zijn buiten faillissement. Veelal betekent dit dat de werknemer de opzegging alsnog vanwege het ontbreken van toestemming van het UWV of de toepasselijkheid van een bijzonder opzegverbod door de rechter kan laten vernietigen of ter zake aanspraak kan maken op een billijke vergoeding (art. 7:681 BW). Misbruik van faillissement kan voorts grond vormen voor een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder en/of de aandeelhouder(s) van de failliete vennootschap.³¹

Misbruik kan aan de orde zijn in gevallen van geregisseerde of voorgewende betalingsonmacht.³² Vaak is echter sprake van een reële faillissementssituatie. Dat de aanvraag in deze gevallen mede ten doel heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen, en aldus een doorstart (onder voor de schuldeisers gunstiger condities) mogelijk te maken, wordt voor misbruik niet voldoende geacht.³³ Het is dan ook niet vreemd dat slechts in een (zeer) beperkt aantal gevallen het beroep op dat leerstuk door de rechter werd gehonoreerd.³⁴

Opvolgend werkgeverschap

Indien de doorstarter het zittende personeel een arbeidsovereenkomst aanbiedt, kunnen de arbeidsovereenkomst of de diensttijd die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht relevant zijn voor diens rechtspositie bij de verkrijger, bijvoorbeeld voor de mogelijkheid tot het aangaan van een proeftijd, de berekening van de opzegtermijn en de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.³⁵

In de praktijk wordt als lastig ervaren dat de arbeidsovereenkomsten doorgebracht bij de failliet na een doorstart veelal op grond van art. 7:668a lid 2 BW meetellen voor de toepassing van de ketenregeling.³⁶ Dit betekent dat het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vaak niet tot de mogelijkheden behoort. De Wet werk en zekerheid heeft dit 'probleem' nog vergroot, nu de door de Hoge Raad in de zaak Van Tuinen/Wolters geformuleerde beperking,³⁷ dat de ketenregeling alleen van toepassing is wanneer tussen oude en nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat het door de eerste verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid moet worden toegerekend aan de verkrijger, is komen te vervallen. Dit betekent dat de doorstarter inmiddels ook beperkt is in zijn mogelijkheden bepaaldetijdcontracten met het zittende personeel aan te gaan, wanneer hij niet weet 'wat voor vlees hij in de kuip heeft'. Het nieuwe ontslagrecht voegt daar nog als complicatie aan toe dat voor de berekening van de aan de overgenomen werknemer verschuldigde transitievergoeding ook de bij de failliet doorgebrachte diensttijd meetelt.³⁸

Bij de 'doorwerking' van de arbeidsovereenkomsten met de failliet na de doorstart worden in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst.³⁹ Deze doorwerking kan de doorstarter ertoe bewegen bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten met het zittende personeel strenger te selecteren. Met name ouderen en werknemers met een zwakke gezondheid zouden daarvan de dupe worden. Het nog verder beperken van de bescherming van werknemers zou echter betekenen dat herstructurering van de onderneming via een doorstart na eigen aangifte van faillissement voor bedrijven in financiële nood een nog aantrekkelijker optie wordt.

Medezeggenschap

De regels voor informatie en consultatie van vakorganisaties en ondernemingsraad neergelegd in de WOR, de SER-Fusiegedragsregels en de WMCO, zijn, anders dan in de praktijk wel wordt verondersteld, in beginsel gewoon van toepassing indien de werkgever in een insolventieprocedure verwickeld raakt. Dit is voor zover het de in Europese richtlijnen geregelde aangelegenheden betreft ook terecht. Deze richtlijnen kennen op dit punt – wij bespraken dat reeds – geen uitzonderingen voor insolventieprocedures.⁴⁰

Het verzoek tot het verlenen van surseance behoort volgens de Hoge Raad niet tot de aangelegenheden waarvoor de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt.⁴¹ Veelal wordt aangenomen dat dit ook geldt voor de eigen aangifte tot faillissement.⁴² Deze opvatting is echter niet onomstreden.⁴³ Een dreigende insolventieprocedure behoort natuurlijk wel tot de aangelegenheden die door de ondernemingsraad in de overlegvergadering aan de orde kunnen worden gesteld (art. 23 WOR). De ondernemingsraad kan voorts op grond van art. 10 Fw als belanghebbende verzet aantekenen tegen het faillissement.

Met betrekking tot de pre-pack wordt in de literatuur wel betoogd dat de ondernemer de activatransactie die na de faillietverklaring plaatsvindt – in samenspraak met de beoogd curator – zo geconcretiseerd kan hebben dat reeds voor het faillissement sprake is van een voorgenomen besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming (art. 25 lid 1 onder a WOR).⁴⁴ Tegen deze opvatting pleit dat het uiteindelijk de curator is die beslist of uitvoering kan worden gegeven aan hetgeen voor dat moment is voorbereid, en dat die beslissing pas na de faillietverklaring plaatsvindt. Bepleit is voorts dat het voornemen de rechtbank te verzoeken een beoogd curator aan te wijzen adviesplichtig zou zijn, omdat het zou gaan om een wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (art. 25 lid 1 onder e WOR). De aanwijzing van de beoogd curator brengt echter op zichzelf geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de ondernemer.⁴⁵ Ook het standpunt dat het verzoek tot benoeming van een beoogd curator adviesplichtig is omdat het zou gaan om een adviesopdracht aan een deskundige (art. 25 lid 1 onder n WOR)⁴⁶ lijkt niet houdbaar. De beoogd curator treedt tijdens de stille voorbereidingsfase op namens de gezamenlijke crediteuren (zie ook het voorgestelde art. 364 lid 1 Fw) en dus niet als adviseur van de schuldenaar.⁴⁷

Na de faillietverklaring blijft het adviesrecht van de ondernemingsraad volledig in stand, ongeacht wie het faillissement heeft aangevraagd. De curator geldt vanaf dat moment als bestuurder in de zin van de WOR. Is hij voornemens de werkzaamheden van (een belangrijk onderdeel van) de onderneming te beëindigen of de onderneming over te dragen, dan behoort hij de ondernemingsraad derhalve tijdig advies te vragen.⁴⁸ Wel wordt aangenomen dat de curator voor het uitbrengen van dat advies een (zeer) korte termijn kan stellen. Voorts zou hij de opschortingstermijn van één maand niet in acht hoeven te nemen wanneer zijn besluit afwijkt van het advies.⁴⁹ In de WOR zijn deze uitzonderingen echter niet terug te vinden.

Gaat het om een collectief ontslag in de zin van de WMCO, dan rust – mede gelet op de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan Richtlijn 98/59/EG⁵⁰ – op de curator de verplichting zijn ontslagvoornemen te melden bij de belanghebbende vakorganisaties en hen uit te nodigen voor overleg. Pas nadat deze raadpleging heeft plaatsgevonden, kan hij tot opzegging overgaan van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers in dienst van de failliet.⁵¹ Schiet de curator op dit punt tekort, dan kunnen de betrokken werknemers op grond van art. 7 WMCO de opzegging door de kantonrechter laten vernietigen dan wel om toekenning van een billijke vergoeding verzoeken. Dit geldt overigens ook wanneer de curator verzuimt de ondernemingsraad te raadplegen.

Het recht in de ons omringende landen

Bij een inventarisatie van het recht in de ons omringende landen blijken in België, Frankrijk en Engeland, naast (faillissements)procedures gericht op liquidatie van de boedel en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, diverse procedures te bestaan die strekken tot behoud van de (activiteiten van een) insolvente onderneming onder overheidstoezicht. Zo kent de Belgische Wet betreffende de continuïteit

van de ondernemingen (WCO) de 'gerechtelijke reorganisatie'.⁵² Voor ons onderzoek naar de doorstart is in het bijzonder een van de varianten daarvan van belang: de overdracht van (een gedeelte van) de onderneming of haar activiteiten onder gerechtelijk gezag.

De belangrijkste reorganisatieprocedure in Engeland is de administration, geregeld in Schedule B1 van de Insolvency Act 1986.⁵³ De pre-packaged administration (kortweg: pre-pack) is een bijzondere vorm van de administration, waarbij de activatransactie die plaatsvindt na opening van de procedure al is uitonderhandeld door de insolvency practitioner die door de rechtbank te zijner tijd zal worden aangewezen als administrator.

Frankrijk heeft verscheidene procedures die gericht zijn op voortzetting van de onderneming. Een van die procedures, de sauvegarde, geregeld in art. L 620-1 tot en met L 628-7 van de Code de Commerce (CdC), is vergelijkbaar met onze surseance van betaling. Zij kent ook een op overdracht van de onderneming gerichte, snelle variant, de sauvegarde accélérée, die wel wordt aangeduid als de 'Franse pre-pack'.⁵⁴

Het Duitse recht wijkt in zoverre af van de hiervoor genoemde landen dat het slechts één (unitaire) insolventieprocedure kent, geregeld in de Insolvenzordnung (InsO): het Insolvenzverfahren. Het doel van de procedure is de schuldeisers te voldoen door het vermogen van de schuldenaar te gelde te maken óf door een afwijkende regeling te treffen in een Insolvenzplan in het bijzonder tot behoud van de onderneming.⁵⁵ Het Insolvenzverfahren kan derhalve zowel op liquidatie van de boedel als op reorganisatie van de onderneming gericht zijn.⁵⁶

Voor alle onderzochte landen geldt dat in de procedures gericht op continuering van de onderneming de regels betreffende overgang van onderneming van toepassing zijn. In Duitsland en Frankrijk gelden deze regels ook ingeval de insolventieprocedure strekt tot liquidatie van de boedel en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers.⁵⁷ Voorts blijkt dat alle vier landen – anders dan in Nederland – gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG biedt om de gevolgen van toepasselijkheid van de regeling betreffende de overgang van (onderdelen van) een onderneming te beperken, ook voor de niet op liquidatie gerichte insolventieprocedures.

In België is de verkrijger bij een overdracht onder gerechtelijk gezag niet verplicht al het personeel van (het overgedragen onderdeel van) de insolvente onderneming in dienst te nemen. Hij mag een keuze maken, maar deze keuze dient wel te berusten op technische, economische of organisatorische overwegingen.⁵⁸ Bovendien gaan de rechten en verplichtingen, alsmede de reeds bestaande schulden uit hoofde van individuele arbeidsovereenkomsten slechts over op de verkrijger indien hij daarvan tevoren op de hoogte is gesteld door de gerechtsmandataris.⁵⁹ Voorts is bij een overdracht onder gerechtelijk gezag wijziging van de collectieve arbeidsvoorwaarden mogelijk indien daarover overeenstemming wordt bereikt tussen de schuldenaar of de gerechtsmandataris, de (kandidaat-)overnemer en de werknemersvertegenwoordigers en deze wijziging beoogt de werkgelegenheid veilig te stellen.⁶⁰ Een individueel door de (kandidaat-)overnemer met de zittende werknemers overeengekomen wijziging van de arbeidsvoorwaarden is naar Belgisch recht toegestaan indien deze hoofdzakelijk gebaseerd is op technische, economische of organisatorische gronden.⁶¹

In Engeland is bij een overgang na opening van een insolventieprocedure de aansprakelijkheid van de verkrijger voor de vorderingen van werknemers op hun oude werkgever beperkt in die zin dat hij niet wordt aangesproken voor de achterstallige betalingsverplichtingen die op grond van de Engelse 'loongarantieregeling' door het National Insurance Fund worden overgenomen.⁶² Verder geldt ook hier dat de (oude en nieuwe) werkgever met de werknemers individueel een wijziging van het arbeidscontract overeen kunnen komen indien deze voornamelijk is ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen.⁶³ Na het openen van een insolventieprocedure kunnen de oude werkgever of de insolvency practitioner en de verkrijger daarenboven met de werknemersvertegenwoordigers met het oog op de overgang collectief wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden overeenkomen indien deze wijzigingen nodig zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen.⁶⁴

In Duitsland en Frankrijk zijn de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels over overgang van onderneming verzacht, in die zin dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor alle achterstallige

betalingsverplichtingen van de oude werkgever die zijn ontstaan vóór de opening van de insolventieprocedure.⁶⁵ Voorts kunnen de curator en de verkrijger in Duitsland bij het vervallen van arbeidsplaatsen gebruikmaken van een verlicht ontslagregime indien over de reorganisatie overeenstemming wordt bereikt met de ondernemingsraad (de zogenoemde Interessenausgleich).⁶⁶ Bij een doorstart worden de opzeggingen in dat geval bovendien vermoed niet te hebben plaatsgevonden wegens de overgang.⁶⁷ In Frankrijk kan de curator een vereenvoudigde procedure volgen voor bedrijfseconomische ontslagen die ook buiten insolventieprocedures geldt.⁶⁸

De verplichtingen om werknemersvertegenwoordigers te informeren en te consulteren worden ook in de onderzochte landen in beginsel niet geraakt door het openen van een insolventieprocedure, met dien verstande dat deze verplichtingen in voorkomende gevallen moeten worden nageleefd door de functionaris die door de rechterlijke instantie met het bestuur van de boedel is belast. Is deze functionaris voornemens over te gaan tot collectief ontslag, dan speelt, zeker in Duitsland en Frankrijk, de ondernemingsraad een belangrijke rol. Voor de raadpleging van de ondernemingsraad gelden in dat geval soms wel kortere termijnen dan bij een reorganisatie zonder dat sprake is van een insolventieprocedure.⁶⁹

In België en Frankrijk hoort de rechtbank de ondernemingsraad op diverse momenten na opening van de insolventieprocedure.⁷⁰ Dit is in België bijvoorbeeld aan de orde voordat de rechtbank de gerechtsmandataris machtiging verleent tot verkoop van de onderneming of homologatie verleent van de overeenkomst tot overdracht van de onderneming.⁷¹ Opmerkelijk is ten slotte dat bij onze zuiderburen de rechtbank tevens toeziet op naleving van de medezeggenschapsbepalingen door de insolvente ondernemer. Bij een verzoek tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie controleert zij of de werkgever heeft voldaan aan zijn verplichting de werknemersvertegenwoordigers in te lichten en te raadplegen.⁷²

Beschouwing: naar een nieuw evenwicht

Onverkorte toepassing van de regeling voor overgang van ondernemingen na opening van een insolventieprocedure heeft ongewenste gevolgen. Indien alle werknemers, inclusief hun onvervulde aanspraken, zouden overgaan op de nieuwe exploitant, zou dit de voor de onderneming te ontvangen prijs drukken. Dit gaat ten koste van andere crediteuren. De verplichtingen ten opzichte van de werknemers zouden een potentiële overnemer er bovendien van kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen, hetgeen ertoe kan leiden dat de activa afzonderlijk worden verkocht. Dat zou ten koste gaan van de werkgelegenheid en juist afbreuk doen aan de met Europese regelgeving nagestreefde verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers.⁷³

Het volledig buiten toepassing verklaren van de regeling overgang van ondernemingen heeft echter ook ongewenste effecten. Niet-toepasselijkheid van de bepalingen betreffende overgang van ondernemingen heeft tot gevolg dat de werknemers worden overgeleverd aan de willekeur van de doorstartende ondernemer. Deze is in beginsel vrij om te beslissen of en zo ja, welke werknemers hij overneemt en onder welke voorwaarden. Het arbeidsrechtelijk regime bij een reorganisatie na faillissement verschilt bovendien zodanig van dat buiten faillissement dat soms ook voor de eerste optie wordt gekozen in gevallen waarin een buitengerechtelijke reorganisatie niet per se onmogelijk was. Een en ander zet in de praktijk kwaad bloed, zeker wanneer de overnemende partij – als bestuurder of aandeelhouder – gelieerd is aan de insolvente onderneming en medeverantwoordelijk was voor de financiële malaise waarin de onderneming verkeert. Van een dergelijke gang van zaken zijn bovendien niet alleen werknemers de dupe, maar ook andere ondernemingen. De doorstartende partij heeft immers, afgeslankt en bevrijd van achterstallige betalingsverplichtingen jegens werknemers, bijzonder gunstige omstandigheden gecreëerd om de concurrentiestrijd te hervatten.⁷⁴ Daardoor worden andere ondernemingen, die meer verantwoord opereren en zich niet aan hun arbeidsrechtelijke verplichtingen (kunnen) onttrekken, op achterstand gezet. Dit gebeurt bovendien voor een belangrijk deel op kosten van de, mede door hen gevulde, publieke kas (de loongarantieregeling).

De inbreuk die het huidige recht bij een doorstart na faillissement maakt op de werknemersbescherming achten wij disproportioneel. Aan het belang van werknemers wordt naar onze mening onvoldoende gewicht toegekend. De impact van een faillissement is – zo wordt ook door de regering erkend – voor werknemers in het algemeen groter dan voor andere schuldeisers.⁷⁵

Een beter evenwicht tussen de bij de insolvente onderneming betrokken partijen kan worden bereikt door, net als in de ons omringende landen, de bepalingen inzake overgang van onderneming van toepassing te verklaren op een doorstart na opening van een insolventieprocedure, maar de gevolgen daarvan te mitigeren.⁷⁶ Dit zou wat ons betreft niet alleen moeten gebeuren voor het faillissement (waaronder wij vooralsnog ook de pre-pack begrijpen⁷⁷), maar ook voor insolventieprocedures die niet op liquidatie van de boedel zijn gericht, zoals de surseance van betaling.

Bemoedigend is dat de sociale partners deze oplossingsrichting ook lijken te hebben omarmd. In een notitie over de afronding van het sociaal akkoord van eind november 2015 hebben zij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te kennen gegeven te werken aan een voorstel tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet voor situaties van (schijn)faillissement, waarin gebruik wordt gemaakt van de in Richtlijn 2001/23/EG geregelde mogelijkheid een specifiek regime in te stellen voor overgang van onderneming bij insolventieprocedures.⁷⁸ Voor de nadere invulling van een dergelijk regime zouden wij de volgende suggesties willen doen.

Belangrijk is onzes inziens in de eerste plaats dat een verkrijger bij een overname na opening van een insolventieprocedure niet aangesproken kan worden voor de achterstallige betalingsverplichtingen van de insolvente werkgever. Alle door ons onderzochte lidstaten buiten Nederland hebben gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. Art. 5 lid 2 onderdeel a van de Richtlijn stelt voor een dergelijke beperking als eis dat de nationale wetgeving een bescherming biedt die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder Richtlijn 80/987/EEG inzake de instelling van een waarborgfonds dat (tot op zekere hoogte) de aanspraken van werknemers honoreert die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met een insolvente werkgever. Aan die voorwaarde voldoet Nederland. De loongarantieregeling van art. 61 e.v. WW biedt deze bescherming en staat ook open voor werknemers in dienst van een werkgever aan wie surseance is verleend of die anderszins verkeert in blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.⁷⁹

Voorts zou vervreemder, verkrijger en curator de mogelijkheid moeten worden geboden om met de vakorganisaties met het oog op een doorstart wijzigingen aan te brengen in de arbeidsvoorwaarden.⁸⁰ Van deze door art. 5 lid 2 onderdeel b van de Richtlijn geboden mogelijkheid heeft men ook in België en Engeland gebruikgemaakt.

Omdat toepassing van de regeling inzake overgang van onderneming tot gevolg heeft dat in beginsel alle werknemers overgaan op de verkrijger, terwijl de financiële toestand van de insolvente onderneming veelal een (ingrijpende) sanering noodzakelijk maakt, zou ten slotte moeten worden overwogen om een 'verlicht' ontslagregime toe te passen. Verwezen wordt naar Duitsland en Frankrijk, waar dat ook het geval is. Richtlijn 2001/23/EG staat aan de introductie van een dergelijk regime niet in de weg nu art. 4 lid 1 daarvan uitdrukkelijk bepaalt dat de overgang geen beletsel vormt voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen. Dit verlichte regime zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de bedrijfseconomische noodzaak van de ontslagen – ook tijdens surseance – slechts marginaal wordt getoetst door de rechter-commissaris.⁸¹ Dat wil zeggen dat geen voorafgaande toestemming (meer) nodig is van het UWV. Dit achten wij echter slechts acceptabel wanneer tevens een einde wordt gemaakt aan de volstrekte willekeur bij een doorstart, waarvan vooral oudere en zwakkere werknemers de dupe worden, door degene die na opening van een insolventieprocedure de exploitatie van de onderneming voortzet of hervat, een verplichting op te leggen vergelijkbaar met de wederindienstnemingsverplichting van art. 7:681 lid 1 sub d BW. Dit zou concreet betekenen dat ontslag – en daarmee beperking van het verder oplopen van de boedelschulden – na opening van de insolventieprocedure betrekkelijk eenvoudig is, maar tevens dat ingeval dezelfde of een nieuwe ondernemer de activiteiten van (het onderdeel van) de insolvente onderneming binnen 26 weken na de opzegging van de arbeidsovereenkomst voortzet of hervat, deze doorstarter – behoudens andersluidende cao-afspraken – de werknemer(s) die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel het

laatst voor ontslag in aanmerking zou(den) zijn gekomen onder de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden.⁸² Aldus wordt een situatie gecreëerd die lijkt op de Belgische, waarin de doorstarter wel een keuze mag maken uit het zittende personeel, maar deze keuze dient te berusten op economische, technische of organisatorische gronden.

Met betrekking tot informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers concludeerden wij hiervoor reeds dat de wettelijke regels na opening van een insolventieprocedure in beginsel onverkort van toepassing blijven, maar dat deze regels in de praktijk vaak niet (volledig) worden nageleefd. Veelal ontstaat na het faillissement een hectische situatie, waarin onder hoge tijdsdruk belangrijke beslissingen moeten worden genomen. Dit maakt het lastig medezeggenschap volledig tot haar recht te laten komen. Het is daarom wenselijk te bevorderen dat de OR en de vakorganisaties reeds vóór het openen van een insolventieprocedure in de besluitvorming met betrekking tot een eventuele doorstart worden betrokken. Deze betrokkenheid kan ook bijdragen aan het voorkomen van misbruik van insolventieprocedures.

Interessant in dat verband is dat het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I de rechtbank de mogelijkheid biedt om aan de aanwijzing van een beoogd curator voorwaarden te verbinden ter behartiging van de belangen van de werknemers van de schuldenaar (zie het voorgestelde art. 363 lid 4 Fw). Als voorbeeld noemt de regering de voorwaarde dat de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of de in onderneming werkzame vakbonden – onder geheimhouding – bij de stille voorbereidingsfase worden betrokken.⁸³ Naar onze mening verdient het, mede gelet op de beperkte invloed die na de faillietverklaring nog kan worden uitgeoefend, aanbeveling deze voorwaarde standaard aan toewijzing van de aanvraag te verbinden indien de onderneming een OR heeft of sprake is van een collectief ontslag in de zin van de WMCO.

Verder zouden wij het toejuichen wanneer, zoals in België, in de insolventieprocedure door de rechter(-commissaris) steeds wordt getoetst of de ondernemer respectievelijk de curator de van toepassing zijnde medezeggenschapsregels heeft nageleefd. Blijkt dat niet het geval, dan zou de OR of de vakbond alsnog door de rechter zelf moeten worden gehoord.⁸⁴

Over de auteurs

Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit.

Prof. mr. dr. W.L. Roozendaal is hoogleraar Socialezekerheidsrecht en universitair hoofddocent Arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate is universitair docent arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit.

1

W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie : een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: VU Amsterdam, maart 2015. Enkele passages uit het rapport zijn letterlijk overgenomen in dit artikel. Het integrale rapport kan worden gedownload op: <http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2015D30602>.

2

W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie : een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: VU Amsterdam, maart 2015. Enkele passages uit het rapport zijn letterlijk overgenomen in dit artikel. Het integrale rapport kan worden gedownload op: <http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2015D30602&did=2015D30602.2> Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

3

Zie het voorgestelde art. 363 lid 1 Faillissementswet (hierna: Fw).

4

Kamerstukken II 2014/15, 31322, 260. Zie voor de brief van de FNV: <https://www.fnv.nl/site/nieuws/nieuwsberichten/2014/881656>

/14-09-23_FNV_Brief_Kinderopvang_aan__Tweede_Kamercommissie_SZW.pdf (geraadpleegd op 25 februari 2016).

5

Kamerstukken II 2014/15, 33695, 9.

6

Met dank aan Jacobien Sap, student-assistente aan de VU, voor het voorbereidende werk.

7

Zie voor een vergelijking met het Belgische en Duitse recht ook het na het rapport verschenen proefschrift van P. Huffman, Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking (diss. Amsterdam UvA), 2015.

8

Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001, PbEG 2001, L. 82.

9

HvJ 10 februari 1988, NJ 1990/423 (Daddy's Dance Hall); HvJ 25 juli 1991, NJ 1994/168 (D'Urso); HvJ 12 november 1992, «JAR» 1993/15 (Watson Rask); HvJ 14 april 1994, «JAR» 1994/107 (Schmidt); HvJ 6 november 2003, «JAR» 2003/297 (Martin e.a.).

10

Deze bepaling sluit aan bij het Abels-arrest van het Hof van Justitie van 7 februari 1985, NJ 1985/900. In dit arrest oordeelde het Hof dat Richtlijn 77/187/EEG, de voorloper van Richtlijn 2001/23/EG, niet van toepassing is op de overgang van onderneming indien de vervreemder in staat van faillissement is verklaard, indien althans de onderneming in de boedel valt. De Richtlijn werd door het Hof wel onverkort van toepassing geacht op de overgang in het kader van een surseance.

11

Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, PbEG 1998, L201.

12

Richtlijn van 22 oktober 1980, PbEG 1980, L283/23. In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd in de zogenoemde 'loongarantieregeling' (art. 61 e.v. WW).

13

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008, PbEU 2008, L. 283.

14

P. Huffman, Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking (diss. Amsterdam UvA), 2015, p. 41, veronderstelt ten onrechte dat het derde lid van art. 5 van de Richtlijn beperkt is tot de gevallen waarin de wetgeving van de lidstaten hier reeds voor 1998 in voorziet. Art. 5 lid 3 bevat geen beperking, maar een uitbreiding van de in het tweede lid neergelegde bevoegdheid tot andere situaties waarin sprake is van een overgang van een onderneming die in ernstige moeilijkheden verkeert. Deze bepaling is uitsluitend van belang voor Italië, en blijft daarom hierna buiten beschouwing.

15

COM (94) 300, def, p. 12.

16

Richtlijn van de Raad van 20 juli 1998, PbEG 1998, L. 225.

17

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002, PbEG 2002, L. 80.

18

Vgl. m.b.t. Richtlijn 98/59/EG: HvJ EU 3 maart 2011, «JAR» 2011/93, m.nt. Peters (Claes e.a./Landsbanki) (wordt het beheer van de plaatselijke eenheid overgenomen door een 'liquidateur' dan is deze tot

nakoming van de medezeggenschapsverplichtingen gehouden tot de dag waarop de onderneming definitief haar rechtspersoonlijkheid verliest).

19

Dit was onder het oude recht uitdrukkelijk geregeld in art. 6 lid 2 BBA. Aanvankelijk was bij de Wet werk en zekerheid voorzien in een nieuw art. 40 lid 4 Fw waarin een uitzondering op het thans in art. 7:671a BW neergelegde toestemmingsvereiste was opgenomen. Deze invoeging is bij de Verzamelwet SZW 2015 weer ongedaan gemaakt. Daarmee is geen inhoudelijke wijziging beoogd. Volgens de regering blijkt uit art. 13a Fw voldoende dat een opzegging door de curator niet wordt beheerst door de normale regels van het ontslagrecht. Zie Kamerstukken II 2014/15, 33988, 21, p. 2-3. Zie voorts J. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk', TvI 2015/22; E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer na faillietverklaring van dan wel verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan zijn werkgever', FIP 2015/6, nr. 313 en D.B.M. Pinedo & C.C.M. van Bracht, 'Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid', ArbeidsRecht 2016/4.

20

P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 29 e.v.; E. Loesberg, 'De failliete werkgever en zijn werknemers', FIP 2014/8, nr. 365; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 395-396. Zie ook Rb. Utrecht 29 oktober 1997, «JOR» 1998/13, m.nt. Loesberg.

21

Zie o.a. A.T.J.M. Jacobs, in: Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 226; B. Wessels, 'Doorstart en personeel', WPNR 2009 (6795), p. 318; R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie (3de druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 214.

22

Zie daarover uitgebreid: H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnappingsroute voor werkgevers?', FIP 2015/4, nr. 226 en E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer na faillietverklaring van dan wel verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan zijn werkgever', FIP 2015/6, nr. 313.

23

Vgl. o.a. B.F.M. Knüppe, in: Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 53 en P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 137-138.

24

Zie m.n. HvJ EG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100 (Dethier/Dassy).

25

Zie reeds R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector (diss. Amsterdam UvA), 2000, p. 157, alsmede: J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', ArbeidsRecht 2013/38; brief van de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014 (www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (geraadpleegd d.d. 25 februari 2016)); J. van der Pijl, 'Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs', FIP 2014/8, nr. 364; R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', ArbeidsRecht 2014/28; P. Huffman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', TAP 2014/98. Steun voor deze opvatting is te vinden in Hof 's-Gravenhage 26 november 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8066 en CRvB 29 juni 2005, «USZ» 2005/325.

26

Zie M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47; E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/4, nr. 309; F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 53-61; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van "662"', *FIP* 2014/8, nr. 361; P. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *Tvl* 2015/16. Vgl. voorts: Rb. Overijssel 28 juli 2015, *ECLI:NL:RBOVE:2015:3589*.

27

HvJ EG 26 mei 2005, «JAR» 2005/205 (Celtec). Zie ook HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (Happé/Scheepstra) betreffende een tijdens de surseance van betaling voorbereide doorstart na faillissement.

28

Vgl. F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 60 en M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk – deel 2', *FIP* 2015/6, nr. 311. Zie ook Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 33-35. Volgens E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/4, nr. 309 treden de werknemers mogelijk wel van rechtswege in dienst van de verkrijger, wanneer de stille bewindvoerder zich aan de doorstart committeert vóórdat de schuldenaar failliet is verklaard. Vgl. Rb. Utrecht 9 december 1992, «JAR» 1993/57.

29

Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:954*.

30

Wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 215.

31

Zie onder meer Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, «JOR» 1996/16, m.nt. Kortmann (Ammerlaan) en HR 28 mei 2004, «JAR» 2004/166 (Boek/De Gorp).

32

Vgl. Rb. Den Haag 15 oktober 2014, «JAR» 2015/4. Zie over geregisseerde of voorgewende betalingsonmacht ook: F.M.J. Verstijlen, 'Van misbruik van faillissements- en rechtspersonenrecht', *Tvl* 2002/2, p. 57-59 en M.L. Lennarts & S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/2, p. 116.

33

Een beroep op misbruik werd afgewezen in Hof Amsterdam 18 juli 2000, «JOR» 2000/183; Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, «JAR» 2002/204; Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, «JOR» 2005/109; Rb. Zeeland-West-Brabant 17 april 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8133*. Zie voor een geslaagd beroep op misbruik o.m. HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/169 (FNV/Multi-Terminals Waalhaven) en Rb. 's-Gravenhage 12 juni 2013, «JAR» 2013/171.

34

Vgl. H. Biesheuvel, 'Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', *Tvl* 2010 (4), p. 114 e.v.

35

Dit laatste volgt uit art. 15 lid 2 van de Ontslagregeling. Onder het oude recht werd de bij de failliet doorgebrachte diensttijd door het UWV buiten beschouwing gelaten (zie par. 13.8 van de Beleidsregels Ontslagtaak).

36

Zie o.m. HR 14 juli 2006, «JAR» 2006/190 (Boekenvoordeel/Isik) en Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, *RAR* 2010, 116.

37

HR 11 mei 2012, «JAR» 2012/150.

38

Zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 111-112 en Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96. Vgl. J. van der Pijl, 'Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs', FIP 2014/8, nr. 364. De aftrekregeling van art. 7:673 lid 5 BW biedt voor deze situatie geen uitkomst omdat deze slechts ziet op het geval dat een transitievergoeding is betaald of een gelijkwaardige voorziening is verstrekt.

39

Zie o.m. E.W. de Groot, 'Doorstart na faillissement en art. 7:668a BW', Sociaal Recht 2006, p. 301 e.v.; E.M. Loesberg, 'De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2007/1, p. 102 e.v. en S. Jansen & S.W.G. Wolters, Wet werk en zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk, FIP 2014/6, nr. 368.

40

Zoals eerder vermeld maakt Richtlijn 98/59/EG wel uitzonderingen voor de verplichting het voornemen tot collectief ontslag te melden aan de bevoegde overheidsinstantie en de na die melding door de opzeggende partij in acht te nemen termijn alvorens het ontslag kan worden geëffectueerd, voor een collectief ontslag dat verband houdt met een beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing. Daarmee corresponderende bepalingen zijn opgenomen in art. 3 lid 1 en art. 5a lid 2 WMCO.

41

HR 6 juni 2001, «JAR» 2001/128 (YVC IJsselwerf).

42

Zie P.R.W. Schaink, Arbeidsrecht en Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 189 en L.G. Verburg, Rood's Wet op de ondernemingsraden (2e druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 297. Zie ook: Kamerstukken II 1996/97, 24615, 9, p. 15-16 en SER-advies 2003/12, Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden, Den Haag 2003, p. 70.

43

Zie R.H. van het Kaar, 'Insolventie en arbeid', Tvl 2004/48; J.J.M. van Mierlo, 'Corporate governance en insolventie', in: De bewindvoerder een octopus, Deventer: Kluwer 2008, p. 49; I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap (diss. Amsterdam UvA), 2014, p. 236.

44

Vgl. I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', FIP 2014/8, nr. 363.

45

Vgl. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 32.

46

I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', FIP 2014/8, nr. 363.

47

Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 32. Zie o.a. ook F.M.J. Verstijlen, in: Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 61 en M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk – deel 2', FIP 2015/6, nr. 311.

48

Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann, in: Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht 1993, p. 156; W.P.J. Kroft, 'De curator en medezeggenschap van werknemers', in: De curator, een octopus, Deventer: Kluwer 1996, p. 56 en F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator (diss. Tilburg), 1998, p. 139.

49

Vgl. o.a. E.P.M. Joosen, Overdracht van ondernemingen uit faillissement (diss. Tilburg) 1998, p. 161; M.G. Rood, 'Over medezeggenschapsrechtelijke aspecten bij insolventie van de werkgever', in: Onderneming en werknemer, Deventer: Kluwer 2001, p. 257; I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap (diss. Amsterdam UvA), 2014, p. 246.

50

HvJ EU 3 maart 2011, «JAR» 2011/93, m.nt. Peters (Claes e.a./Lansbanki).

51

Vgl. I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap (diss. Amsterdam UvA), 2014, p. 251 en E. Loesberg, 'De failliete werkgever en zijn werknemers', FIP 2014/8, nr. 365. Anders: P.R.W. Schaink, Arbeidsrecht en Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

52

Wet van 31 januari 2009, BS 09.02.2009, zoals gewijzigd bij Wet van 27 mei 2013, BS 22.07.2013.

53

Zie WODC, Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013, p. 17; C. Nyombi, 'Employees' rights during insolvency', International Journal of Law and Management, 2013, vol. 55, no. 6, p. 418; T. Graham, Graham Review into Pre-pack Administration. Report to The Rt Hon Vince Cable MP, juni 2014, p. 6.

54

C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux: LGDJ-Lextenso 2014, no. 940.

55

Art. 1 InsO.

56

T. Lakies, Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, Berlin: Erich Schmidt 2014, Rn. 2.

57

Zie voor de overdracht onder gerechtelijk gezag in België: art. 61 WCO en cao nr. 102 (algemeen verbindend verklaard bij KB van 14 april 2013, BS 25.04.2013); voor de pre-pack in Engeland: England and Wales Court of Appeal 20 december 2011, [2011] EWCA Civ 1567; voor Duitsland: § 613a Bürgerliches Gesetzbuch en Bundesarbeitsgericht (BAG) 17 januari 1980, Neue Juristische Wochenschrift 1980, p. 1124 en voor Frankrijk: afdeling L 1224-1 e.v. Code du Travail (CdT).

58

Zie art. 61 § 13 WCO jo. art. 12 van cao nr. 102.

59

Zie art. 9 van cao nr. 102. De gerechtsmandataris is de door de rechtbank benoemde functionaris die belast is met het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar (art. 60 WCO). In de Belgische literatuur vraagt men zich wel af of deze beperking zich verdraagt met Richtlijn 2001/23/EG. Zie o.a. H. van Hoogenbemt, 'De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement', JTT 2009, p. 183 en 184 en J. J. Peeters, 'Rechtspositie van de werknemers in de WCO', FARE 2012, nr. 43, Mechelen, I.L-63 tot en met 65.

60

Zie art. 11 van cao nr. 102.

61

Zie art. 10 van cao nr. 102.

62

Zie art. 8 lid 5 Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (hierna: TUPE).

63

Art. 4 lid 5 TUPE.

64

Art. 9 TUPE.

65

Zie voor Duitsland: BAG 17 januari 1980, Neue Juristische Wochenschrift 1980, p. 1124. Voor Frankrijk: art. 1224-2 CdT.

66

Art. 125 Insolvenzordnung. Zie daarover: P. Schrader & G. Straube, Insolvenzarbeitsrecht, München 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 17, 21; T. Lakies, Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, Berlin: Erich Schmidt 2014, Rn. 333, 336-337, 386; B. Hamberger, Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 244.

67

§ 128 lid 2 InsO.

68

C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux: LGDJ-Lextenso 2014, no. 1300; Jean jacques Touati, L.224-1 a la loupe, 2008, p. 35.

69

Zie voor Frankrijk: art. L1233-58 CdT.

70

Zie voor Frankrijk: art. L 623-3 en L 626-8 CdC.

71

Zie art. 64 en 65 §5 WCO.

72

Art. 17 §2 onder 9 WCO.

73

Vgl. de overwegingen van het Hof van Justitie in de Abels-zaak 17 februari 1985, NJ 1985/900 en de toelichting van de Europese Commissie bij het oorspronkelijke voorstel voor de herzieningsrichtlijn uit 1998, COM (94) 300 def, p. 10.

74

De regering erkent dat een doorstart uit faillissement vaak enig effect zal meebrengen dat als concurrentievervalsing kan worden betiteld. Dit effect is volgens haar minder groot naarmate de prijs van de bedrijfsonderdelen hoger is. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 29. Blijft echter dat de doorstart vanuit faillissement het mogelijk maakt zich op eenvoudige en betrekkelijk goedkope wijze van personeel te ontdoen.

75

Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 3.

76

Zie voor vergelijkbare pleidooien: P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, Deventer: Kluwer 1999, p. 127-132; A.T.J.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp, Werknemersrechten in faillissement. Een rechtsvergelijkende beschouwing, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 71; G.J.J. Heerma van Voss, 'De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming', in: Onderneming en werknemer, Deventer: Kluwer 2001, p. 235-236; A.J.C. Theunissen, De overgang van insolvente ondernemingen, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, p. 161; P. Huffman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente

ondernemingen', TAP 2014/98; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', FIP 2014/8, nr. 360 en P. Huffman, Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking (diss. Amsterdam UvA), 2015.

77

Mocht het Hof van Justitie oordelen dat de pre-pack niet een op liquidatie gerichte procedure is als bedoeld in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG, dan hoeft dat gelet op de aanhef van het tweede lid van dat artikel niet aan toepassing van het verlichte regime in de weg te staan.

78

Zie de bij brief van 25 november 2015 door de Stichting van de Arbeid aan de minister van SoZaWe aangeboden notitie, Afronding Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 7 (te raadplegen op: http://www.stvda.nl/~media/Files/Stvda/Convenanten_Verklaringen/2010_2019/2015/20151124-Afronding-Sociaal-Akkoord-11-april-2013.ashx).

79

Zie ook CRvB 10 maart 2004, «USZ» 2004/158. Om te voorkomen dat al te gemakkelijk wordt aangestuurd op een insolventieprocedure om gebruik te maken van de hiervoor geformuleerde beperkingen van de overgang, kan worden overwogen om een zelfstandig verhaalsrecht van het UWV op bestuurders van de insolvente onderneming te introduceren ter zake van de betalingsverplichtingen die op grond van de loongarantieregeling ten laste van de werkloosheidskassen worden gebracht indien de betalingsonmacht van de werkgever een gevolg is van onbehoorlijk bestuur.

80

Om de bereidheid van werknemers om in te stemmen met een (tijdelijke) loonsverlaging te stimuleren, verdient het onzes inziens tevens aanbeveling de algemene dagloongarantie van art. 12 lid 1 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen uit te breiden tot alle gevallen waarin sprake is van een doorstart na opening van een insolventieprocedure, derhalve ook die waarin geen sprake is van een beëindiging van de dienstbetrekking.

81

Ook INSOLAD bepleit een dergelijke neerwaartse bijstelling van de ontslagbescherming tijdens surseance om deze aantrekkelijker te maken als saneringsinstrument ten opzichte van het faillissement, echter zonder de hierna opgenomen correctie ten aanzien van 'wederindiensttreding'. Zie Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling, p. 7-8 en 26-27 (te raadplegen op: <https://www.insolad.nl/publicaties/>).

82

Vgl. m.b.t. reguliere bedrijfseconomische ontslagen: art. 19 Ontslagregeling. De wederindienstnemingsverplichting van art. 7:681 BW is beperkt tot de situatie dat de werkgever 'dezelfde werkzaamheden' laat verrichten door een ander. Het heeft onze voorkeur de voorgestelde 'indienstnemingsverplichting' voor de doorstarter ook van toepassing te verklaren indien hij 'andere passende werkzaamheden' laat verrichten. Dit is in de eerste plaats gerechtvaardigd omdat de verplichting ex art. 7:669 lid 1 BW om de werknemer te herplaatsen in een andere passende functie, bij de liquidatie van de rechtspersoon die de onderneming eerst uitoefende inhoudelijk geen betekenis heeft. Bovendien wordt door deze verruiming tevens voorkomen dat de indienstnemingsverplichting al te gemakkelijk kan worden ontweken door de functies na de doorstart (enigszins) te wijzigen.

83

Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 14.

84

Zie voor een vergelijkbaar standpunt: de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER in haar brief aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 december 2015, kenmerk 15.02609.

